

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Jurisprudence récente et questions d'actualité en matière de protection des logiciels

Triaille, Jean-Paul

*Published in:*

Revue de droit intellectuel. L'Ingénieur-Conseil

*Publication date:*

1993

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Triaille, J-P 1993, 'Jurisprudence récente et questions d'actualité en matière de protection des logiciels', *Revue de droit intellectuel. L'Ingénieur-Conseil*, Numéro 12, p. 325-348.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# REVUE DE DROIT INTELLECTUEL L'INGENIEUR-CONSEIL

BIMESTRIEL

Bureau de dépôt BRUXELLES X

Fondée en 1911 par Georges VANDER HAEGHEN, continuée par  
Alfred VANDER HAEGHEN, par Florent GASPAR puis par le BUREAU VANDER HAEGHEN

**Rédaction :**

Emmanuel CORNU  
*Avocat*  
Daniel GRISAR  
*Docteur en droit*

**Bureaux :**

Rue Colonel Bourg 108A — 1040 Bruxelles  
Avenue Rogier 19, bte 13 — 4000 Liège  
Kortrijksesteenweg 445 — 9000 Gent  
Kennedypark 31C — 8500 Kortrijk

## JURISPRUDENCE RÉCENTE ET QUESTIONS D'ACTUALITÉ EN MATIÈRE DE PROTECTION DES LOGICIELS

Alain STROWEL  
et  
Jean-Paul TRIAILLE

A la lumière des récents développements jurisprudentiel et législatif, il s'imposait de faire le point, une fois encore, sur les problèmes suscités par l'application du droit d'auteur aux logiciels. D'un côté, trois décisions de 1993, publiées dans le présent numéro, s'avèrent riches d'enseignement, alors que la jurisprudence est rare en ce domaine et que les quelques jugements rendus étaient, par le passé, très elliptiques dans leur motivation. D'un autre côté, la transposition en Belgique de la directive européenne du 14 mai 1991 sur la protection des programmes d'ordinateur progresse, puisqu'une proposition de loi à cet effet a été déposée à la Chambre en juin 1993.

Après avoir résumé l'apport des récentes décisions qui se sont prononcées sur deux points essentiels, à savoir la condition d'originalité des programmes (point 1) et la titularité des droits en cas d'œuvre d'employé (point 2), nous procéderons à une brève analyse de quelques dispositions-clés de la proposition de loi de juin 1993 (point 3). Il convenait, pour terminer, de s'interroger sur les remèdes qui s'offrent aux juges, aussi longtemps que le législateur belge reste en défaut de remplir son obligation de transposer la directive européenne (point 4).

## 1. LA CONDITION D'ORIGINALITÉ DES PROGRAMMES D'ORDINATEUR

### I. La condition d'originalité dans le droit d'auteur belge en général

Sans refaire ici une étude détaillée de la définition de l'originalité en droit belge (1), on rappellera deux arrêts importants de la Cour de cassation :

— selon l'arrêt du 27 avril 1989 (2) (dont la formulation a été fidèlement reprise dans un arrêt du 2 mars 1993 de la Cour de cassation (3)), il est « nécessaire mais suffisant » que l'œuvre (en l'espèce, une photographie), « soit l'expression de l'effort intellectuel de celui qui l'a réalisée, ce qui constitue une condition indispensable pour donner à l'œuvre le caractère individuel à travers lequel une création existe » ;

— selon l'arrêt du 25 octobre 1989 (4), qui rejette un pourvoi, c'est à bon droit que les juges d'appel avaient décidé (de manière implicite, mais indiscutable) que l'œuvre (en l'espèce, un catalogue) « ne portait pas l'empreinte personnelle de l'auteur et dès lors ne peut être considérée comme originale ».

L'arrêt du 27 avril 1989 insiste donc sur le critère de l'effort intellectuel, tout en ajoutant que ce dernier sera une condition indispensable pour donner à l'œuvre un caractère individuel (c'est-à-dire, rattaché à un individu) (5).

L'arrêt du 25 octobre 1989 ne parle pas d'effort intellectuel mais seulement de la marque de la personnalité d'un auteur (6) ; et l'on sait qu'en effet la protection peut venir s'attacher à des créations spontanées et improvisées n'ayant nécessité aucun « effort » intellectuel.

Quant à l'arrêt du 2 mars 1993, il semble insister davantage sur l'exigence « d'effort intellectuel » que sur le caractère individuel de l'œuvre.

(1) A ce sujet, cf. notamment A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright, Divergences et convergences*, Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 420 à 430 ; A. STROWEL, *L'originalité en droit d'auteur : un critère à géométrie variable*, J.T., 1991, p. 514 et s. ; F. GOTZEN, *Het Hof van cassatie en het begrip 'oorspronkelijkheid' in het Belgische auteursrecht - van foto's en catalogi naar computerprogramma's en databanken ?*, Computerrecht, 1990/4, p. 161 à 169.

(2) *Pas.*, 1989, I, p. 908.

(3) *Ing.-Cons.*, 1993, p. 145 et s.

(4) *Pas.*, 1990, I, p. 238.

(5) A cet égard, on signalera que la nouvelle loi suisse sur le droit d'auteur et les droits voisins (loi du 9 octobre 1992, entrée en vigueur le 1er juillet 1993) reprend cette notion de « caractère individuel » dans sa définition de l'œuvre (« Par œuvre, quelles qu'en soient la valeur ou la destination, on entend toute création de l'esprit, littéraire ou artistique, qui a un caractère individuel », article 2.1).

(6) Dans le même sens, un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles (du 21 juin 1988) n'exige que l'empreinte « d'une personnalité créatrice », et un autre arrêt émanant de la même juridiction (du 26 octobre 1989) parle « d'une composition et d'un style personnel » ; cf. J. CORBET, *Vijf jaar auteursrecht 1985-1989*, R.W., 1991, p. 181.

Il paraît dès lors difficile d'affirmer avec une totale certitude que tel critère (l'effort intellectuel) serait nécessaire et suffisant, et que tel autre (l'empreinte de la personnalité) ne serait pas suffisant.

On signalera encore le jugement du Tribunal de première instance de Bruxelles du 18 juin 1992 (7), selon lequel, pour qu'une œuvre soit originale, il faut « qu'elle soit marquée par la personnalité de son auteur, qu'elle révèle une identité créatrice ».

### II. La condition d'originalité et les programmes d'ordinateur

#### A. La jurisprudence belge antérieure

Sans revenir longuement sur les discussions relatives au niveau d'originalité requis pour la protection d'un logiciel par le droit d'auteur, on signalera que diverses décisions belges avaient abordé la question : une première, en 1988, que nous avons critiquée (8), exigeait un niveau élevé de protection, allant au-delà de « ce qui peut être réalisé par n'importe quel programmeur au fait des techniques informatiques » (c'est ce jugement qui vient d'être réformé par la Cour d'appel de Bruxelles, commenté ci-après) ; une seconde constatait que le programme litigieux était « le fruit d'un travail personnel et non de quelque chose de généralement connu » (9) ; une troisième décision avait renvoyé l'analyse de l'originalité, qui relève pourtant d'une opération de qualification juridique, à un expert (10).

La situation n'était dès lors par claire, et à cet égard l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 14 octobre 1993 est bienvenu car il apporte certains éléments neufs.

#### B. La directive communautaire du 14 mai 1991

On sait qu'une directive communautaire a été adoptée le 14 mai 1991 « concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur » (11).

(7) J.T., 1993, p. 166.

(8) Trib. 1ère Instance Bruxelles, 30 sept. 1988 et note B. LEJEUNE, *D.I.T.*, 1989/1, p. 68 ; cf. J.-P. TRIAILLE, *La protection des logiciels en Belgique, in L'informatique et le droit d'auteur*, éd. Y. BLAIS, 1989, p. 102.

(9) Trib. 1ère Instance Louvain, 5 février 1991, *D.I.T.*, 1991/3, p. 44 et note B. LEJEUNE.

(10) Trib. 1ère Instance Hasselt, 30 avril 1990, *D.I.T.*, 1990/4, p. 68 et note B. LEJEUNE.

(11) J.O.C.E., 17-5-1991, L 122/42. Pour un commentaire, cf. notamment F. BRISON et J.-P. TRIAILLE, *La directive C.E.E. du 14 mai 1991 et la protection juridique des programmes d'ordinateur en droit belge*, J.T., 1991, p. 782 à 791 ; M. FLAMEE et F. PETILLON, *Rechtsbescherming van computerprogramma's via het auteursrecht, in Le droit des affaires en évolution*, Bruylant, Bruxelles, 1992, p. 135 et s. ; M. FLAMEE, *Droit de l'informatique : la protection juridique du logiciel, in Droit de l'informatique*, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1993, p. 45 et s. ; J.-P. TRIAILLE, *Le droit d'auteur belge sera-t-il conforme aux dispositions européennes dans le domaine de l'informatique ?*, in *Droit d'auteur, Logiciels et Banques de données après 1992*, à paraître chez Story-Scientia.

Selon cette directive, les programmes d'ordinateur doivent être protégés par le droit d'auteur en tant qu'oeuvres littéraires ; un programme est protégé « s'il est original en ce sens qu'il est la création intellectuelle propre à son auteur » (article 1.3).

On ne reviendra pas sur les raisons de cette disposition (12). En principe, les seules questions à se poser sont les suivantes : le programme est-il une « création intellectuelle » (résultant donc d'une certaine activité intellectuelle) et cette création a-t-elle été réalisée par l'auteur (et non pas copiée d'une autre oeuvre) ? La directive ajoute qu'aucun autre critère ne peut être appliqué pour déterminer si le programme peut être protégé par le droit d'auteur (article 1.3). En conséquence, une évaluation de la compétence du programmeur par rapport à celle de ses prédécesseurs ne peut être prise en compte ; la complexité du programme, son efficacité ou sa nouveauté par rapport à l'état de la technique ne peuvent davantage servir de critère à l'octroi ou au refus d'une protection (13).

On signalera qu'un amendement déposé au Parlement européen, et qui avait pour but de remplacer la notion de « création intellectuelle », proposée par la Commission, par celle de « résultat d'un effort intellectuel », n'a pas été retenu dans le texte final de la directive. Par ailleurs, en réponse à une question parlementaire, la Commission a récemment dit ceci : « Le logiciel ne pourra être protégé que s'il est original. Toutefois, afin d'admettre à la protection le plus grand nombre possible de logiciels, le niveau d'originalité requis est faible » (nous soulignons) (14).

Il sera préférable de s'en tenir aux commentaires qui ont été faits sur la directive elle-même que de s'appuyer sur ce qui fut dit en Belgique en Commission de la Justice du Sénat (15) ; on y parle de la nécessité d'un « effort intellectuel » (ce qui semble plus exigeant que les termes utilisés par la directive) et de la nécessité d'une certaine « nouveauté » (ce qui n'est pas prévu par la directive et est étranger au droit d'auteur).

Exiger la preuve d'un « effort » dans la ligne de l'arrêt du 27 avril 1989 pourrait être contraire à la directive, à moins que l'on s'accorde à dire qu'il y a « effort intellectuel » dès lors qu'on est en présence d'une « activité intellectuelle » : il serait alors suffisant qu'un lien puisse être tracé entre l'auteur et le résultat de son activité intellectuelle, même si ce résultat n'a

pas nécessité d'effort particulier (16). Si c'est cette interprétation de la notion d'effort qui est retenue, la définition donnée par la directive (« création intellectuelle propre à son auteur ») est alors très similaire à la notion d'originalité exigée en droit belge pour les autres oeuvres (littéraires), de sorte que le risque de contamination du droit commun ne serait pas autant à craindre que certains le disent.

On signalera à cet égard que le projet de loi français (17) ne reprend pas la définition de la directive, aux motifs que la jurisprudence française y est déjà conforme, que la directive aurait précisément adopté sur cette question la définition française, et qu'il n'est pas possible d'insérer dans la loi une définition de l'originalité qui soit spécifique à une catégorie d'oeuvres.

Il faut bien reconnaître que la distinction entre l'effort intellectuel et l'activité intellectuelle est difficile à faire, et que l'appréciation en fait n'échappera pas à un certain pouvoir discrétionnaire du juge, dont la décision sera difficilement contestable (sauf par exemple dans l'hypothèse d'une contradiction dans les motifs).

Notons enfin que la définition de l'originalité insérée dans la directive sur les logiciels semble devenir la norme communautaire. On la retrouve en effet, à l'identique, dans deux autres textes : d'une part, pour les bases de données, dans la « proposition de directive concernant la protection juridique des bases de données » (18), d'autre part, pour la protection des photographies, dans la directive du 29 octobre 1993 relative à la durée (19). Pour les photographies néanmoins, même si le texte de l'article 6 de la directive reprend exactement la même définition que pour les logiciels et les bases de données, l'exposé des motifs contient une référence à la « personnalité » de l'auteur (ce qui témoigne d'une conception plus subjective de l'originalité) (20).

(12) Cfr. B. CZARNOTA et R. HART, *Legal Protection of Computer Programs in Europe. A guide to the EC Directive*, Butterworths, Londres, 1991, p. 43 et s. A ce sujet également, F. BRISON et J.-P. TRIAILLE, *op. cit.* p. 784.

(13) En ce sens, cf. B. CZARNOTA et R. HART, *op. cit.*, p. 44.

(14) Réponse du 6 octobre 1993, J.O.C.E., C 350/12, 29/12/1993.

(15) Cf. notamment le deuxième rapport des travaux par le Sénateur Erdman, 22 avril 1992, *Doc. Sénat*, 145-2 (S.E. 1991-1992), p. 20 et s.

(16) En ce sens, F. GOTZEN, dans l'article précité, parle de « intellectuelle activité » plutôt que de « intellectuelle inspanning ».

(17) Projet de loi portant mise en oeuvre de la directive du Conseil des communautés européennes en date du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur et modifiant le code de la propriété intellectuelle, Assemblée nationale, session ordinaire 1992-93, n 2953, exposé des motifs, p. 4.

(18) J.O.C.E., C/156, 23 juin 1992, p.9 et s. ; pour un commentaire, cf. J.-P. TRIAILLE, *La protection juridique des bases de données*, in *Droit de l'informatique*, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1993, p. 159 et s.

(19) Directive du 29 octobre 1993 relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, J.O.C.E., 24/11/1993, L 290/9, article 6.

(20) Cf. considérant 17 : « ... qu'une oeuvre photographique au sens de la Convention de Berne doit être considérée comme originale si elle est une création intellectuelle de l'auteur qui reflète sa personnalité... ».

### C. L'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 14 octobre 1993

L'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 14 octobre 1993 mérite qu'on s'y arrête, car il traite de la notion d'originalité plus en profondeur que ce que la jurisprudence belge ne l'avait fait jusqu'à ce jour pour les logiciels. Cet arrêt a été rendu suite à un appel interjeté contre le jugement du Tribunal de Bruxelles du 30 septembre 1988 cité supra. Dans la mesure où les faits sont rappelés dans l'arrêt lui-même, on ne s'y attardera pas.

A propos de l'étendue de la protection par le droit d'auteur, l'arrêt dispose que la même protection peut s'attacher tant aux programmes d'ordinateur sensu stricto qu'à la documentation préparatoire et au mode d'emploi (21). Il confirme que la protection s'applique tant au programme en code-source qu'en code objet (et même si ce dernier n'est compréhensible que par la machine et non par l'homme - ce qui est indifférent pour la protection), et tant au système d'exploitation qu'aux logiciels d'application (22). A bon escient, il ajoute encore qu'il ne suffit pas d'avoir changé quelques éléments (bits) du programme pour échapper au reproche de contrefaçon.

A propos de l'originalité, l'arrêt fait appel à différentes notions et définitions. On y lit ainsi successivement :

- que les programmes en question sont le produit de la richesse d'invention et du travail d'étude des auteurs (« vindingrijkheid » et « studiewerk ») ;

- que les intimés ne contestent pas que ces programmes constituent une « création intellectuelle propre à l'auteur » (« eigen intellectuele schepping van de auteur ») ;

- que l'imitation servile qui en a été réalisée démontre précisément que les programmes satisfont à la condition d'originalité exigée ;

- que les programmes d'ordinateur ne sont rien d'autre que les formes d'expression matérielle d'une création intellectuelle ;

- qu'en l'espèce, l'originalité est présente puisque ces programmes donnent, d'une manière qui est personnelle, une forme aux problèmes qu'ils sont amenés à résoudre.

(21) La directive propose une solution différente : par « programme d'ordinateur », il faut entendre, outre le programme sensu stricto, le matériel de conception préparatoire (article 1) « à condition qu'ils soient de nature à permettre la réalisation d'un programme d'ordinateur à un stade ultérieur » (exposé des motifs). Cette définition ne comprend donc pas le manuel d'utilisation, qui restera soumis au régime commun du droit d'auteur. Cf. à ce sujet, F. BRISON et J.-P. TRIAILLE, *op. cit.* p. 784.

(22) Dans le même sens, F. BRISON et J.-P. TRIAILLE, *op. cit.*, p. 784.

Ces attendus appellent diverses remarques :

- les notions de richesse d'invention et de travail d'étude font davantage appel, pour la première au droit des brevets, pour la seconde à la philosophie de la concurrence parasitaire, ou à une notion du droit d'auteur plus proche du droit anglais (« skill and labour doctrine » au Royaume-Uni). On notera que la Cour fait également référence à la théorie du parasitisme, en rappelant que la copie servile commise par les intimés et leurs employés équivalait à avoir pillé d'une façon parasitaire les créations intellectuelles propres de l'appelante, pour lesquelles celle-ci a fait d'importants investissements. Sans doute trouve-t-on ici une survivance des premières décisions belges relatives à la protection des logiciels, qui, faute d'oser appliquer le droit d'auteur, s'en référaient à la concurrence déloyale pour sanctionner les copies illicites. La cour ajoute encore que, ce faisant, les contrefacteurs ont bénéficié d'un « enrichissement injuste » ;

- la mention d'une imitation servile à titre d'indice de l'existence d'une originalité suffisante est étonnante. Si une imitation du programme a été réalisée, cela montre certainement que les programmes en question étaient performants d'un point de vue technique, ou intéressants pour les bénéficiaires que les imitateurs escomptaient retirer de leur vente, mais l'on sait que ces considérations sont en principe étrangères à la notion d'originalité du droit d'auteur ;

- la référence à la « création intellectuelle propre à l'auteur » coïncide par contre avec la définition qui est donnée dans la directive de 1991 et qui est reprise dans la proposition de loi belge.

Cette dernière remarque nous amènera ultérieurement à aborder la question de l'application de la directive dans le temps. On constate que sans faire jamais référence à la directive elle-même, la Cour d'appel (qui y aura sans doute été invitée par les conseils de l'appelante) en utilise déjà le vocabulaire. Mais d'autres définitions ont été également utilisées, de sorte qu'il serait inexact de voir ici un exemple clair d'application de la théorie de l'obligation d'interprétation conforme du droit national au droit communautaire.

On remarquera également que la Cour d'appel n'a par contre pas repris dans sa motivation la définition de l'originalité qui a été donnée dans les arrêts susmentionnés de la Cour de cassation, et qu'elle ne parle par exemple pas de l'exigence d'un quelconque « effort » intellectuel ; peut-être faut-il y voir un autre signe de la réticence dont les juges belges, avec le législateur (23), faisaient preuve pour accepter une assimilation pure et simple entre les programmes d'ordinateur d'une part, et les autres œuvres littéraires d'autre part.

(23) Cette réticence se manifeste dans la proposition de loi introduisant la directive en droit belge, cf. *infra* point 4.

Un autre attendu de l'arrêt relatif à l'originalité mérite d'être signalé : la Cour retient que les intimés n'établissent pas qu'ils peuvent atteindre le même résultat que le programme copié en réalisant d'autres programmes, ce qui, aux yeux de la Cour, indique qu'ils sont incapables de trouver des solutions équivalentes pour résoudre les mêmes problèmes.

Il faut comprendre cet attendu comme suit : puisque les intimés n'apportent pas la preuve de leurs compétences techniques et ne démontrent pas qu'ils auraient eux-mêmes été capables de réaliser de tels programmes ou des programmes équivalents, on peut en déduire logiquement qu'ils ont copié les programmes de l'appelante.

La formulation est peut-être ambiguë : si, en l'espèce, il était impossible à quiconque d'atteindre le même résultat que les programmes originaires autrement qu'en produisant des logiciels identiques, ou de trouver d'autres solutions que celle qui fut utilisée par lesdits programmes originaires pour solutionner les mêmes problèmes de départ, alors il faudrait refuser à ces programmes la protection du droit d'auteur. Il ne saurait en effet y avoir d'originalité dès lors qu'aucun choix n'est possible pour aboutir à la solution donnée ; et raisonner autrement aboutirait à conférer au premier « auteur » un monopole de droit sur une idée. Dans un tel cas, il faut en effet considérer que l'idée et l'expression se trouvent inévitablement confondues en un même moule, et que cette expression doit échapper à tout monopole pour que l'idée sous-jacente reste de libre parcours (24). C'est donc dans le sens que l'on a indiqué qu'il faut lire l'arrêt de la cour, sans quoi l'on doit conclure à l'existence d'une erreur de raisonnement.

#### D. Le jugement du Tribunal de commerce de Charleroi du 19 janvier 1993

Dans un litige relatif à une cession de droits sur les sources d'un programme, le tribunal de commerce de Charleroi a été amené à traiter de l'originalité desdites « sources » (25).

C'est cet aspect de jugement uniquement qui nous retiendra (26). Se basant sur les conclusions de l'expert, le tribunal retient que les sources (qui « relevaient plus d'une transcription de lang ages que d'une réelle originalité de conception informatique ») ne sont dès lors pas originales au sens du droit d'auteur. Le raisonnement nous semble exact. En effet, l'expert

(24) C'est la théorie connue aux Etats-Unis sous le nom de « idea/expression dichotomy ».

(25) J.L.M.B., 1993, p. 1176 et s. ; à se sujet, cf. la note de E. MONTERO, à paraître in *R.F.D.*, 1994/2

(26) D'autres questions y sont abordées, qui mériteraient l'attention, mais qui sortent du cadre de cet article : ainsi en est-il de la qualification de « vente » des sources, et des conséquences que le tribunal attache à cette qualification en termes de droits intellectuels (qui nous semblent critiquables) ; de même du raisonnement du tribunal concernant l'absence de « garantie » par le « vendeur » quant à l'existence d'une protection, qui permettrait à ce cessionnaire de continuer à utiliser ce qu'il a « vendu » tout en ne se voyant reprocher aucun manquement contractuel. A ce sujet, cf. E. MONTERO, précité.

relevait encore « qu'aucun programme de gestions d'officines pharmaceutiques ne pourrait être opérationnel sans ces règles » ; dès lors que la formulation utilisée pour l'écriture de ces sources constitue en quelque sorte un « passage obligé » si l'on veut arriver à un résultat donné, il n'y a donc pas de possibilité de choix, et donc pas de place pour l'originalité. A nouveau, raisonner autrement reviendrait à accorder via le droit d'auteur un monopole plus large qu'un droit exclusif sur une forme d'expression originale.

Même si le tribunal a rendu son jugement après que le délai pour introduire la directive en droit belge ait été dépassé (1er janvier 1993), on comprend qu'il ne se soit pas estimé tenu d'utiliser la notion d'originalité formulée dans cette directive, dès lors qu'il avait à juger des faits datant de 1990 (27).

Si par contre le tribunal avait été obligé d'appliquer la définition de la directive, il aurait été possible d'arriver à la même conclusion : puisque les sources n'étaient que la transcription de certains langages, même s'il y a eu en l'espèce « création intellectuelle », il ne nous semble pas qu'elle soit « propre à l'auteur » au sens de la directive.

## II. LA TITULARITÉ DES DROITS SUR LE PROGRAMME D'ORDINATEUR

### La titulaire des droits patrimoniaux dans le régime de droit commun

#### A. Le principe : la protection du créateur, personne physique

La doctrine est quasi unanime pour soutenir que l'auteur, donc le titulaire originaire des droits, est nécessairement une personne physique (28).

Cette proposition peut s'appuyer sur les articles 2 et 5 de la loi du 22 mars 1886, qui disposent que la durée de protection se calcule à partir du décès de l'auteur ou du survivant des coauteurs en cas d'œuvre de collaboration. Un argument de texte a été également tiré (29) de l'article

(27) Cf. *infra* à propos de l'application de la directive dans le temps.

(28) Voir, par exemple : A. BEREMBOOM, *Le droit d'auteur*, Bruxelles, Larcier, 1984, pp. 144-145 ; F. BRISON, *Le titulaire du droit d'auteur, Droit des affaires - Ondernemingsrecht*, février 1992, n° 22, p. 97 ; J. CORBET, *Auteursrecht*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, p. 17 ; G. RENAULD, *Droit d'auteur et contrat d'adaptation*, Bruxelles, Larcier, 1955, p. 112 ; G. VAN HECKE, F. GOTZEN et J. VAN HOOFF, *Overzicht van rechtspraak. Industriële eigendom, auteursrecht 1975-1990, T.P.R.*, 1990, pp. 1796-1797 ; F. VAN ISACKER, *Kritische synthese van het Belgische auteursrecht*, Anvers, Kluwer, 1985, pp. 4-6 et p. 12 et s. Voir cependant P. RECHT, *Le droit d'auteur en Belgique*, Bruxelles, Larcier, 1955, pp. 66-67 et L. VAN BUNNEN, *Examen de jurisprudence (1968-1972) Droit d'auteur-dessins et modèles, R.C.J.B.*, 1972, p. 526 qui, tous deux, jugent que la question demeure « controversée ».

(29) G. VAN HECKE, F. GOTZEN et J. VAN HOOFF, *op. cit.*, p. 1797, Pour une interprétation inverse : J. CORBET, *Vijf jaar auteursrecht 1970-1974, R.W.*, 1976-1977, col. 2021 ; L. VAN BUNNEN, *Examen de jurisprudence (1968-1972) Droit d'auteur-dessins et modèles, op. cit.*, p. 526 ; P. RECHT, *op. cit.*, p. 86.

11, al. 2 relatif aux actes *non officiels* des autorités publiques, actes qui donnent prise à la propriété littéraire : en stipulant que ces autorités ne détiennent le droit d'auteur qu'à la condition que l'auteur (fonctionnaire) ait « aliéné » en leur faveur ce droit, la disposition légale indique que c'est à titre dérivé, et non originaire, que les personnes de droit public possèdent les prérogatives légalement consacrées.

La reconnaissance d'un droit moral au profit de l'auteur, ainsi que la condition de protection qui exige une création originale (voir supra), confortent encore le principe réservant la titularité originaire aux personnes physiques (30).

#### B. Le régime des créations d'employés

On sait que la législation belge ne connaît aucune disposition spéciale relative aux droits de l'auteur-employé ; de plus, les Conventions de Berne et de Genève n'abordent pas la question de la titularité des droits du créateur sous contrat d'emploi. On est donc renvoyé aux principes dégagés par la jurisprudence et la doctrine, notamment en matière de contrats.

La règle de base autorisant la cession des prérogatives (en tout cas) patrimoniales du droit d'auteur se trouve à l'article 3 de la loi du 22 mars 1886 : « le droit d'auteur est mobilier, cessible et transmissible, en tout ou en partie, conformément aux règles du Code civil ».

La question est de savoir si la cession doit être expresse ou si elle peut être tacite et résulter du contrat d'emploi.

Parmi les commentateurs, certains (31) admettent la cession implicite, le lien de subordination emportant l'abandon des droits au profit de l'employeur. Le courant majoritaire allait autrefois en ce sens. Aujourd'hui, cette conception de la relation de travail régresse et on estime que les œuvres réalisées dans le cadre d'un contrat d'emploi n'appartiennent plus nécessairement à l'employeur (32). Quand ce dernier recueille-t-il les droits ?

(30) F. BRISON, *op. cit.*, p. 97. Un arrêt de la Cour de Gand (Gand, 3 mai 1988, *Pas.*, 1988, II, p. 199) confirme que les personnes morales ne peuvent qu'être des cessionnaires du droit d'auteur. Contra, mais motivé sommairement : *Civ. Bruxelles*, 20 mai 1988, *Ing.-Cons.*, 1988, 218.

(31) Voir p. ex. : P. WAUVERMANS, *Le droit des auteurs en Belgique*, Bruxelles, Société belge de librairie, 1894, p. 284 et s. ; P. POIRIER, *Le droit d'auteur, in Les Nouvelles, Droits intellectuels*, Bruxelles, Larcier, 1936, p. 811 (il admet une « cession tacite » même en cas de louage d'ouvrage) ; M. JAMOLLE, *Le contrat de travail*, Liège, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales, 1986, I, p. 57 (la structure du contrat de travail confère implicitement à l'employeur « la libre disposition exclusive des produits du travail »).

(32) G. LEROY, *Le droit d'auteur de l'employé*, J.T.T., 1979, p. 3.

Deux thèses sont défendues à ce sujet. Selon certains, il faut que l'auteur ait explicitement aliéné ses prérogatives (33). Selon d'autres, il suffit que la volonté de céder soit certaine (34).

Le problème abordé ici rejoint donc celui, plus général, des limites des cessions contractuelles. On sait que la jurisprudence a, de manière très nette, consacré le principe de l'interprétation *restrictive* des cessions et licences de droits. De plus, en cas de doute, les cessions s'interprètent *en faveur de l'auteur*. Ainsi, la Cour de cassation, dans des arrêts de 1941 et 1943, a établi que l'auteur « n'a pas à se réserver explicitement [son droit d'auteur] par une stipulation spéciale ; [...] qu'il ne peut être privé de ce droit sans son consentement certain et que sa renonciation à celui-ci ne peut se déduire du seul fait qu'il a autorisé la reproduction ou l'adaptation » (35) de son œuvre.

La règle voulant que les cessions et renonciations doivent s'interpréter de manière restrictive signifie-t-elle pour autant que celles-ci doivent être expresse ?

Un courant doctrinal se prononce en ce sens (36). Et les conclusions de l'avocat général, M. Ganshof van der Meersch, précédant l'arrêt-clé de la Cour de cassation du 19 janvier 1956 (affaire opposant des compositeurs à l'Institut National Belge de Radiodiffusion), viennent appuyer cette vue : « en droit commun, le cédant est censé s'être dessaisi de tout ce qu'il n'a pas expressément réservé, tandis que l'interprétation restrictive doit être de règle en matière de droit d'auteur : l'auteur conserve ce qu'il n'a point *expressément* aliéné et tout ce qu'il n'a point cédé de la sorte demeure opposable à tous » (37).

A considérer la jurisprudence, il est manifeste qu'une renonciation au droit doit être établie, qu'elle ne peut être postulée. C'est ce qu'a admis en

(33) J. CORBET, *op. cit.*, p. 22 (attribuant, à tort, à A. Boronboom l'opinion que la cession doit être « explicite ») ; F. GÖTZEN, *Publiciteit in intellectuele rechten*, R.W., 1983-1984, col. 1325-1326.

(34) A. BERENBOOM, *op. cit.*, p. 141 (précisant, sans ambiguïté, que « l'employeur n'acquiert [...] sur l'œuvre de son employé que les droits qui lui ont été cédés de façon certaine [...] Bien sûr, la cession des droits peut être tacite, mais il faut que la volonté de céder soit certaine ») et également p. 97 (le principe de l'interprétation restrictive n'implique pas l'obligation d'une mention expresse, du moment que la cession est certaine et les droits cédés délimités de manière précise).

(35) Cass., 13 février 1941, *Pas.*, 1941, I, p. 44 ; 11 novembre 1943, *Pas.*, 1944, I, p. 49.

(36) F. BRISON, *op. cit.*, p. 98 (« la cession tacite est contraire au principe qu'en droit d'auteur, les cessions s'interprètent de manière restrictive ») ; F. GÖTZEN, *Publiciteit in intellectuele rechten*, *op. cit.*, col. 1326.

(37) Cass., 19 janvier 1956, *Pas.*, 1956, I, pp. 496-497 ; J.T.T., 1956, p. 321. Note L. VAN BUNNEN ; *Ing.-Cons.*, 1956, p. 84. Par contre, l'arrêt de la Cour de cassation pris sur ces conclusions ne se prononce pas sur l'obligation d'une cession expresse.

substance le tribunal de 1ère instance de Bruxelles (38) dans un cas se rapportant à un auteur préposé : « Une société qui n'établit pas que son organe ou préposé a renoncé à ses prérogatives d'auteur n'a pas qualité et intérêt à se plaindre d'une violation de la loi du 22 mars 1886 ».

Mais, il est moins évident que les juges excluent la possibilité d'une renonciation ou cession tacite, établie de façon certaine sur base, par exemple, d'un faisceau de présomptions.

Les décisions jurisprudentielles en matière d'œuvres d'employés concernent souvent des dessins et modèles ; leur interprétation en est rendue plus délicate. Ainsi, un arrêt de la Cour d'appel de Gand a invoqué la réglementation sur les dessins et modèles, tout en ajoutant, au titre d'obiter dicta, que l'employeur peut devenir titulaire des droits patrimoniaux, soit de manière tacite (*stilzwijgend*), soit par l'effet d'une disposition expresse (*uitdrukkelijk*) (39). Dans une autre affaire (inédite) en matière de dessins et modèles (40), les juges ont adopté la conception selon laquelle le droit d'exploitation va automatiquement à l'employeur et le salaire constitue la rémunération de l'employé.

L'affaire, dite Landier, a donné lieu à un arrêt « d'une très grande importance » (41) en matière d'œuvre d'employé. Un réalisateur, J.-M. Landier, avait souscrit divers contrats d'emploi à objet déterminé, afin de tourner, pour le compte de la Radio Télévision Belge, des films de spectacles dramatiques destinés à être diffusés par l'organisme belge. Postérieurement au départ de Landier, ces programmes furent rediffusés par la radio-télévision de la Suisse romande ; en contrepartie, le réalisateur revendiqua une rémunération complémentaire. La question était de savoir si les droits sur les films avaient été intégralement attribués à l'institut d'émission en vertu des contrats d'emploi ou s'ils l'étaient seulement aux fins de la diffusion initialement prévue, avec la conséquence que la R.T.B. était tenue de consentir une rémunération nouvelle en cas de réémission.

La Cour d'appel de Bruxelles (42) jugea que :

« il n'est pas toujours exact que les œuvres d'art exécutées en vertu d'un contrat d'emploi ou de louage de service lato sensu appartiennent au donneur d'emploi [...] le contrat de louage de services n'impliquant point par nature que les parties aient entendu réserver à l'institut d'émission le droit de disposer à son gré de l'œuvre représentée ».

(38) Civ. Bruxelles, 19 juin 1974, *J.C.B.*, 1974, III, p. 495, Note P.A. FRANCK.

(39) Gand, 25 juin 1971, *R.W.*, 1971-1972, col. 382.

(40) Civ. Courtrai, 19 septembre 1983, inédit, cité par P. CEUNINCK, *Auteursrechten op software, ontwikkeld in dienstverband of in opdracht, Computerrecht*, 1988/3, p. 129.

(41) J. CORBET, *Cinq ans de jurisprudence en matière de droit d'auteur*, II, 1965-1969, Bruxelles, SABAM, 1972, p. 15.

(42) Bruxelles, 22 janvier 1969, *Ing.-Cons.*, 1970, p. 257. Voir encore Bruxelles, 9 décembre 1969, *Ing.-Cons.*, 1970, p. 270 : « Attendu que, cette première émission terminée, les droits dont ces œuvres artistiques sont l'objet, notamment le droit d'en tirer avantage par des émissions subséquentes, restent, en vertu de leur nature, l'apanage du créateur, tant que celui-ci ne les a pas transférés à autrui par un acte de sa volonté ».

Après avoir examiné les contrats, la cour jugea que le créateur pouvait exiger une nouvelle rémunération en cas de réémission.

Est encore éclairant un autre arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles, qui apporte des précisions quant à la manière dont se réalise un transfert des droits et quant à sa portée. Pour la Cour, « l'autorisation de reproduire », en l'espèce un plan du canal Albert, « peut être tacite, pourvu qu'elle soit certaine » (43). Néanmoins, cette autorisation de reproduction, qui, en l'occurrence, se déduisait de l'absence de protestation contre l'utilisation de l'œuvre pendant plus de dix ans, ne doit pas nécessairement être entendue comme signifiant qu'il y a eu cession pure et simple du droit, elle peut s'interpréter comme une licence (non exclusive) d'un droit d'usage. Dans ce cas, la Cour confirme uniquement que la *concession* d'un droit, non pas sa cession, peut être tacite.

On pourrait déduire de cette distinction entre la cession et la licence (ou concession) que la conclusion d'un contrat d'emploi implique uniquement une licence d'utilisation des œuvres créées en exécution de ce contrat en faveur de l'employeur (44).

#### C. Le projet de loi Lallemand et les travaux de la Commission de la Justice de la Chambre

Le texte adopté au Sénat sur la proposition du sénateur R. Lallemand (et transmis à la Chambre) (45) dispose, à son article 2, al. 3, que la conclusion d'un contrat de travail (ou de louage d'ouvrage) « n'affecte pas le droit d'auteur » ; elle précise encore que les droits patrimoniaux sur l'œuvre créée dans le cadre d'un contrat de travail à durée indéterminée (ou d'un statut réglementaire) « peuvent être transférés à l'employeur pour autant que le transfert des droits soit expressément autorisé par une convention distincte du contrat ou du statut et que l'activité rentre dans le champ du contrat ou du statut et implique une production régulière ou successive d'œuvres ».

Cette disposition n'a pas été retenue par la Commission de la Justice de la Chambre. Un accord politique s'est dégagé autour de l'amendement n° 174 qui prévoit que : « Lorsque des œuvres sont créées par un auteur en exécution d'un contrat de travail ou d'un statut, les droits patrimoniaux peuvent être cédés à l'employeur pour autant que la cession des droits soit expressément prévue et que la création de l'œuvre entre dans le champ du contrat ou du statut ». Deux conditions sont ainsi imposées pour que s'opère le transfert des droits (la mention expresse de la cession dans le

(43) Bruxelles, 16 juin 1954, *J.T.*, 1955, p. 109.

(44) F. BRISON, *op cit.*, p. 103.

(45) Projet de loi relatif au droit d'auteur, aux droits voisins et à la copie d'œuvres sonores et audiovisuelles, 22 mai 1992, Chambre des Représentants, *Doc. Parl.*, n° 473/1 (S.E. 1991-1992).



contrat et le fait que l'œuvre soit créée en exécution du contrat ou, ce qui apparaît comme synonyme et donc redondant, qu'elle entre dans le champ du contrat). Par ailleurs, en vertu de l'amendement 174, les règles générales en matière de contrat (voir amendement n° 153) prévoyant que les contrats se prouvent par écrit à l'égard de l'auteur et que l'interprétation est restrictive, s'applique au contrat d'emploi ; en revanche, ne s'y applique pas l'obligation de mentionner expressément pour chaque mode d'exploitation la rémunération de l'auteur, l'étendue et la durée de la cession ; enfin, dans l'hypothèse du contrat d'emploi, la cession des droits sur des œuvres futures est possible, tandis que la cession concernant des modes d'exploitation encore inconnus est autorisée à condition d'être expresse et de stipuler une participation au profit d'exploitation.

## II. La titularité des droits sur les programmes d'ordinateur

### A. Etat de la question

La doctrine est d'avis que le régime général de l'auteur employé s'applique au concepteur de programme (46), tandis que la jurisprudence sur le sujet est très rare. Un jugement du tribunal civil de Turnhout du 12 novembre 1984 se borne à appliquer la clause du contrat d'emploi qui conférerait expressément le droit à l'employeur (47). Une décision plus récente du tribunal correctionnel de Bruxelles du 19 novembre 1992 (48) en matière de vol de logiciels laisse entendre que le prévenu (l'employé) est détenteur des droits de propriété intellectuelle sur les logiciels qu'il a conçus (en l'absence de toute disposition contractuelle) ; en dépit de ce fait, il sera condamné pour vol des (supports de ces) logiciels.

Eu égard à cette jurisprudence lacunaire, l'intérêt de l'arrêt de la Cour d'appel de Gand (publié ci-après) n'en est que plus grand.

### B. L'arrêt de la Cour d'appel de Gand du 27 octobre 1993

Dans cette affaire que l'on qualifiera du nom de la société faillie « Aëro-Survey », plusieurs ex-employés étaient poursuivis pour avoir détourné et recélé une partie de l'actif de la société, notamment un programme d'ordinateur pour la cartographie digitale qui avait été subtilisé sous la forme de documents, de listings et de disquettes.

(46) F. BRISON, *op. cit.*, p. 104 ; P. CEUNINCK, *op. cit.*, pp. 131-132 ; B. HUBO, *La titularité des droits d'auteur sur les logiciels écrits par un salarié. Situation en France, en Belgique et aux Pays-Bas*, D.I.T., 1966/3, p. 151 ; C. SCHOEMANN et S. CAPIAU, *Le droit d'auteur du concepteur salarié ou non salarié d'un programme d'ordinateur*, in *Droit de l'informatique*, Edition du Jeune Barreau de Bruxelles, 1993, pp. 136-137.

(47) Civ. Turnhout, 12 novembre 1984, R.W., 1988-1989, p. 411, *Noot - Over auteursrecht, computerprogramma's en computerkaarten*, J. KEUSTERMANS. La clause, stipulée comme suit : « alle rechten, met inbegrip van het recht op de titel en het copyright, [...] van rechtswege aan het S.C.K. [la société] toebehoren », ne laissait planer aucun doute.

(48) Corr. Bruxelles, 19 novembre 1992, R.D.P., 1993, p. 355.

Cet arrêt fait, à notre avis, une parfaite application des principes en matière de titularité des droits d'auteur. Nous nous contentons de les reprendre brièvement.

La Cour commence par rappeler que « conformément à la [loi] [du 22 mars 1886], le droit d'auteur ne peut naître que dans le chef d'une personne physique ». Par conséquent, les personnes morales ne peuvent en disposer qu'à titre dérivé, ce qui implique qu'elles doivent établir de quelle(s) personne(s) physique(s) et de quelle manière elles ont acquis ces droits. Et la Cour de souligner tout à la fois qu'aucune présomption de cession n'existe et que toute cession doit être interprétée de manière restrictive. En l'espèce, il ne résultait pas des pièces du dossier que l'employé ayant mis au point les logiciels de cartographie numérique, M. Bonne, avait consenti à une cession (*overdracht*) partielle ou totale des droits, si bien que les curateurs de la société faillie, qui s'étaient constitués parties civiles n'avaient aucun droit à faire valoir puisqu'ils n'étaient pas « propriétaires » du software.

L'arrêt de la Cour est d'autant plus intéressant qu'après avoir appliqué à bon escient les règles du droit d'auteur, il accorde une place au droit du travail, sous l'attraction duquel les œuvres créées par un employé tombent également : en effet, les juges soulignent qu'en échange du salaire, l'auteur, titulaire des droits, a néanmoins concédé un droit très limité de commercialisation (l'arrêt parle du consentement à de « *welbepaalde en zeer beperkte commercialisaties* »). De cette licence implicite, qui se déduit de la rémunération versée, et qui est donc également limitée par la durée du contrat d'emploi, on ne peut en revanche nullement tirer qu'il y a eu des cessions (totale ou partielle) des droits. La Cour semble donc distinguer les deux types de contrat dont les droits d'auteur peuvent faire l'objet : cession ou concession (49). On notera à cet égard que l'amendement n° 153, déposé à la Chambre à propos du projet de loi Lallemant, reprend tout d'abord la règle selon laquelle les droits patrimoniaux sont « cessibles » (cf. art. 3 de la loi de 1886), pour préciser ensuite que ces droits « peuvent notamment faire l'objet d'une aliénation ou d'une licence simple ou exclusive ». Le terme « aliénation » désigne le cas où il y a transfert du droit, tandis que le terme « cession » est conçu au sens large, comme recouvrant à la fois l'aliénation (ou la cession au sens strict) et la concession.

Si on lit donc correctement la décision commentée, la cession (sensu stricto) ou l'aliénation d'un droit (de sa titularité) ne peut être tacite, alors que la renonciation partielle à l'exercice du droit peut l'être et découler de l'existence du contrat d'emploi et d'un salaire. Les limites de cette licence ou de cette autorisation de commercialisation ne sont pas tracées de

(49) Voir à cet égard la thèse de H. VANHEES, *Een juridische analyse van de grondslagen, inhoud en draagwijdte van auteursrechtelijke exploitatiecontracten*, Maklu, 1993, ainsi que la synthèse : *Auteurscontractenrecht : actuele situatie en toekomstperspectieven*, R.W., 1993-1994, pp. 281-294.

manière précise par la Cour. Celle-ci prend toutefois le soin de dire que cette autorisation concerne « une modalité de l'exercice » du droit, qui « doit être interprétée de manière restrictive ». On retrouve donc le principe d'interprétation déjà rappelé et l'on rapprochera d'ailleurs utilement la présente décision de celle commentée supra à propos du plan du canal Albert.

Sur le plan du droit pénal et des conséquences que la Cour tire de la reconnaissance de la titularité des droits au profit de l'employé, notamment quant à la qualification des infractions, on reste plus perplexe. On remarquera que cette décision qui rejette la qualification de recel et de détournement d'actif lorsqu'il s'agit d'une chose sur laquelle le prévenu est titulaire des droits d'auteur et qui ne relève pas du secret de fabrique, semble s'opposer au jugement du tribunal correctionnel de Bruxelles du 19 novembre 1992 (voir supra) qui a conclu à la possibilité d'un vol d'une chose sur laquelle le prévenu possède les droits d'auteur (50). Ce problème, relevant de la criminalité informatique, ne nous retiendra pas plus longtemps.

### C. La directive communautaire du 14 mai 1991

On rappellera encore que l'article 2.3 de la directive instaure un mécanisme permettant à l'employeur d'« exercer tous les droits patrimoniaux afférents au programme d'ordinateur » « créé par un employé dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions de son employeur ». Comme on le verra (cf. infra point 3 D), la proposition de loi belge reprend cette règle, tout en la modalisant.

## III. INTRODUCTION EN BELGIQUE DE LA DIRECTIVE EUROPÉENNE

### A. Etat de la question

Tandis que la loi belge sur le droit d'auteur, qui date de 1886, fait actuellement l'objet d'une refonte globale (51), une proposition de loi a été déposée, le 15 juin 1993, afin d'assurer l'introduction en droit belge de la directive européenne du 14 mai 1991 (52). Cette proposition de loi a fait

l'objet d'un accord politique en Commission de la Justice de la Chambre des Représentants. Le texte doit encore être adopté en séance plénière à la Chambre, et puis être envoyé au Sénat. Il faudra probablement encore attendre la fin de 1994 pour que la directive soit effectivement transposée en droit belge.

Il avait été initialement envisagé d'introduire les dispositions de la directive dans le projet de loi global, ce qui fut réalisé aux articles 13, 15, 16 et 17 du projet de loi du Sénat (53).

Vu les lenteurs inhérentes à l'adoption d'une réforme globale, la Commission de la Justice de la Chambre a ensuite décidé, afin de ne pas différer davantage l'introduction de la directive européenne en droit belge, de retirer les dispositions relatives aux programmes d'ordinateur du texte de réforme globale, et d'en faire une loi distincte, ce qui n'est pas prohibé par la directive européenne. C'est avant tout pour ce motif d'opportunité que la proposition de loi a été déposée. Après avoir discuté de la proposition en commission, les députés ont finalement décidé de reporter le vote, ce qui peut apparaître contradictoire avec l'objectif de départ. Une autre raison, de fond cette fois, peut expliquer l'adoption d'une loi séparée : c'est que les programmes d'ordinateur constituent des œuvres de l'esprit d'une nature particulière et que la directive instaure en conséquence un régime nouveau, taillé sur mesure pour les logiciels - ainsi, les exceptions en faveur de l'utilisation (art. 5, 1 de la directive) et de la décompilation (art. 6) n'ont pas de sens pour les autres œuvres du droit d'auteur classique (54). On notera encore que, si le législateur allemand n'a pas adopté une loi séparée pour les programmes d'ordinateur, il a, du moins, rangé les dispositions prévues par la directive dans une huitième et dernière section de la loi relative au droit d'auteur (voir les art. 69 a à 69 g de la *Zweites Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes* du 9 juin 1993). Cela dit, il semble que la plupart des législateurs étrangers s'orientent vers une solution intégrant les dispositions de la directive dans les lois nationales sur le droit d'auteur.

Le fait de traiter la protection des programmes d'ordinateurs dans une loi à part se justifie donc d'autant mieux que la directive instaure ce qu'on appellera un *droit d'auteur sui generis*. On sait que, après l'abandon de la voie des brevets pour protéger les programmes d'ordinateur, le choix subsistait entre un droit intellectuel *sui generis* (option adoptée par la Commission des C.E. pour les topographies de semi-conducteurs) et la protection par le droit d'auteur (qui a l'immense avantage de garantir une

(50) Dans le même sens, le procureur du Roi de Bruxelles, B. DEJEMPE (Le *parquet face à la criminalité informatique : entre droit et non-droit*, *Journal des procès*, 14 mai 1993, n° 239, p. 13), n'exclut pas le vol au cas où la personne qui soustrait un bien est titulaire des droits de celui-ci.

(51) Le projet de loi (relatif au droit d'auteur, aux droits voisins et à la copie privée d'œuvres sonores et audiovisuelles, *Doc. parl.*, Ch. des Repr., S.E., 1991-1992, n° 473/1), adopté au Sénat le 22 mai 1992, est actuellement à l'étude au sein de la Commission de la Justice de la Chambre. Plus de 250 amendements ont été à ce jour déposés. La Commission de la Justice semble décidée à terminer l'examen du projet de loi dans le courant du mois de février. Le vote à la Chambre sur un texte d'ensemble révisé pourrait intervenir avant Pâques.

(52) Proposition de loi transposant en droit belge la directive européenne du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateurs, *Doc. parl.*, Ch. des Repr., S.O., 1992-1993, n° 107/1.

(53) Ces dispositions avaient fait l'objet de différents commentaires. Cf. les « recommandations » de la Commission Mixte Logiciel, publiée dans cette revue ; cf. également J.-P. TRIAILLE, *Le droit d'auteur belge sera-t-il conforme aux dispositions européennes dans le domaine de l'informatique ?*, à paraître in *Droit d'auteur, logiciels et banques de données* après 1992, Story-Scientia.

(54) Car on peut « utiliser », c'est-à-dire lire, un livre sans le reproduire ; par ailleurs, la méthode d'analyse inverse ou de décompilation n'a de sens que pour une œuvre technique utilisant un langage codé.

protection internationale par le biais de la Convention de Berne). Le législateur européen a choisi une voie intermédiaire, puisqu'il a adopté le droit d'auteur, mais a, au même moment, élaboré un droit (d'auteur) spécifique.

#### B. La protection en tant qu'œuvres littéraires

Le texte de la proposition de loi du 15 juin 1993 semble conforme à la directive. Sa lettre traduit cependant une certaine réticence du législateur belge à accepter une identification complète des programmes d'ordinateurs aux œuvres littéraires.

Ainsi, selon l'article 1er de la proposition de loi, les programmes d'ordinateurs « sont protégés par le droit d'auteur et assimilés aux œuvres littéraires au sens de la Convention de Berne » (alors que l'art. 1er, 1 de la directive impose aux Etats membres de protéger « les programmes d'ordinateur en tant qu'œuvres littéraires »). On rappellera que la Commission des C.E. a mis en garde contre une « assimilation » qui ne serait qu'apparente (55). Il ne nous semble pas que la formation utilisée dans la proposition belge puisse *a priori* être considérée comme contraire à la directive, au point de justifier sur cette question un éventuel recours en manquement ; il reste néanmoins à voir comment la jurisprudence interprétera cette innovation linguistique.

Le récent accord conclu dans le cadre du GATT sur les « aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, y compris le commerce des marchandises de contrefaçon » (accord relatif aux ADPIC - document réf. MTN/FA II-AIC) reprend, à l'article 10, 1 la formulation de la directive européenne, qui devient par conséquent un modèle pour d'autres législateurs du monde (« Les programmes d'ordinateur, qu'ils soient exprimés en code source ou en code objet, seront protégés en tant qu'œuvres littéraires au sens de la Convention de Berne »).

#### C. Le critère de protection

On verra un indice supplémentaire de la réticence du législateur à l'assimilation pure et simple des logiciels dans la formulation proposée de la condition de protection. Selon l'article 2 de la proposition de loi, « un programme d'ordinateur est protégé s'il constitue une création intellectuelle propre à l'auteur ». Contrairement au texte de l'article 1.3 de la directive (cf. supra), la proposition de loi évite de mentionner expressément le terme « original ». Cette omission volontaire, qui ne nous semble pas contraire

à la directive (56) a pour objectif d'éviter que la définition de la condition de protection, imposée par la directive pour les programmes d'ordinateurs, ne soit considérée comme devant constituer dorénavant la définition de l'originalité pour l'ensemble du domaine du droit d'auteur. Mais nous avons vu ci-dessus qu'il n'y a sans doute pas lieu de craindre une telle « contamination ».

#### D. La titularité des droits

La directive européenne du 14 mai 1991 impose une règle qui confère à l'employeur les droits patrimoniaux sur l'œuvre d'un programmeur employé.

La proposition de loi va plus loin, car elle assimile les fonctionnaires sous statut aux employés sous contrat de travail ; cela se comprend d'autant mieux que l'art. 4 amendé du projet de loi Lallemand (voir l'amendement n° 174) traite de la même manière ces deux catégories de travailleurs intellectuels. La loi allemande du 9 juin 1993, qui modifie la loi de 1965 sur le droit d'auteur, traite elle aussi de manière identique les personnes engagées sous contrat de travail ou sous statut (cf. art. 69b (2)).

De plus, la proposition de loi de juin 1993 stipule que l'employeur est « présumé cessionnaire des droits patrimoniaux ». Cette formulation a été préférée à celle de la directive (seul l'employeur est habilité à exercer tous les droits patrimoniaux), qui ne permettait pas de savoir clairement si l'employeur était cessionnaire ou mandataire de l'employé. Le texte de la proposition a pour conséquence que l'employeur a qualité pour agir en contrefaçon et qu'il n'est donc pas nécessaire d'associer les employés ayant collaboré à l'œuvre à la procédure en justice.

#### E. Application dans le temps

Le seul point, à première vue, sur lequel il n'y aurait pas conformité par rapport au texte de la directive concerne l'applicabilité dans le temps.

#### L'applicabilité de la directive dans le temps

Selon l'article 9.2 de la directive, ces dispositions sont « également applicables aux programmes d'ordinateur créés avant le 1er janvier 1993, sans préjudice des actes conclus et des droits acquis avant cette date ».

Cette disposition n'entend pas octroyer à la directive un quelconque effet rétroactif ; il s'agit simplement de définir le mécanisme d'application dans le temps de la règle nouvelle, de manière à confirmer que la directive

(55) Cf. l'avis de l'ancien chef de division à la DG. III de la Commission des C.E., M. J.-F. VERSTRYNCE (*Protecting Intellectual Property Rights Within the New Pan-European Framework - Computer Software*, International Computer Law Adviser, juin 1991, p. 9 : « it was necessary to stress the complete integration of computer into the literary work system. Phrases such as « assimilated to » or « as if they are literary works » had to be rejected for the same reason »).

(56) En effet, celle-ci n'imposait pas la mention expresse du terme « originalité », et comme toute directive, celle-ci doit laisser aux Etats une certaine liberté dans le choix des moyens à mettre en œuvre pour aboutir au résultat qui est imposé.

Quels sont dans ce cas les moyens dont dispose l'employeur, qui se verrait préjudicié par le retard du législateur ? C'est ce qu'il nous faut voir maintenant.

#### IV. LES PALLIATIFS AU RETARD DU LÉGISLATEUR BELGE

A défaut d'être transposée, la directive n'est pas privée de tout effet juridique. Une certaine efficacité peut lui être octroyée, par application de l'une des trois théories notamment qu'il convient de rappeler brièvement : l'effet direct, l'interprétation conforme et la responsabilité de l'Etat (64).

##### A. L'effet direct de la directive

La Cour de justice des Communautés a progressivement dégagé les conditions dans lesquelles une directive pouvait avoir un effet direct en droit interne, alors même qu'elle n'aurait pas encore été transposée. Pour cela, il faudra que les dispositions de la directive auxquelles on veut donner un tel effet soient suffisamment précises et ne laissent pas de marge de manœuvre significative au législateur national ; par ailleurs, l'effet direct ne pourra être invoqué qu'à partir du moment où la date limite pour l'introduction en droit interne est dépassée ; enfin, cette théorie ne peut être utilisée qu'à l'égard des organes de l'Etat (effet vertical), et non vis-à-vis d'autres particuliers (effet horizontal).

S'agissant de la directive du 14 mai 1991, il est incontestable que certaines de ses dispositions ne laissent aucune marge de manœuvre au législateur (65) ; dès lors que le délai imparti pour la transposition est dépassé, on peut imaginer que la théorie de l'effet direct soit appliquée à l'encontre de l'Etat, si par exemple celui-ci était dans la position de l'utilisateur d'un programme donné en licence par un particulier, et qu'il commettrait des actes que la directive interdit et que le contrat de licence n'a pas autorisés (66).

On rappellera que les juges belges ont été amenés, dans d'autres domaines, à faire application de cette théorie (67).

(61) A.-P. MEIJBOOM et R. WESTERDIJK, *The Consequences of Failing to Implement the EC Directive on Copyright Software Protection*, *The International Computer Lawyer*, octobre 1993, p. 2 et s.

(62) Que l'on songe notamment à l'article 6 relatif à la décompilation, dont la rédaction est le résultat d'après négociations, et dont chaque mot fut discuté.

(63) Cf. Les articles 4, 5 et 6 de la directive.

(64) Corr. Malines, 28 sept. 1987, J.T., 1988, p. 48 ; Bruxelles, 29 mars 1990, J.T., 1991, p. 109 ; Trib. Trav. Bruxelles, 20 nov. 1987, J.T.T., 1988, p. 48. Cf. P. WYTINCK, *The Application of Community Law in Belgium (1986-1992)*, C.M.L.R., 1993, 987 et s.

##### B. L'interprétation du droit interne en conformité avec les directives

En complément de la doctrine de l'effet direct, la Cour de justice a introduit le concept de l'interprétation du droit interne en conformité avec le droit communautaire, et notamment avec les directives qui n'auraient pas été introduites en droit interne (68). En vertu des articles 5 et 189 du Traité de Rome, les cours et tribunaux doivent interpréter le droit interne à la lumière des directives communautaires ; il s'agit là d'une obligation pour le juge dès que le délai pour l'introduction de la directive est dépassé, et qui s'applique notamment aux litiges entre particuliers. Sur la base de l'arrêt *Marleasing*, certains ont pu dire que, selon la Cour de justice, l'« interprétation » pouvait se faire d'une manière relativement libre par rapport aux textes de droit interne, et que cette doctrine visait également les dispositions de droit interne antérieures à la directive, mais la question de savoir si le principe permettrait même au juge de se prononcer *contra legem* est controversée (69).

S'agissant de la protection des logiciels, on peut imaginer des situations où le juge serait amené à interpréter le droit interne (en l'occurrence, essentiellement la loi sur la droit d'auteur, qui laisse de nombreuses questions sans réponses quand on doit l'appliquer aux logiciels), à la lumière du texte et des objectifs de la directive. A titre d'exemple, on songera à la licéité de la copie de sauvegarde, aux règles relatives à la titularité ou à la définition de l'originalité.

Les juridictions belges ont déjà eu l'occasion de faire application de cette doctrine, notamment dans le domaine de la propriété industrielle (70).

##### C. La responsabilité de l'Etat « retardataire »

Dans un arrêt relativement récent, la Cour de justice a établi le principe de la responsabilité pour faute de l'Etat membre qui n'a pas introduit à temps (ou correctement) une directive (71). En résumé, sur la base de l'article 5 du Traité (obligation pour les Etats membres de prendre toutes

(68) Cf. notamment Cour de justice des Communautés européennes, arrêt *Marleasing*, C 106/89, ECR, 1990, I, p. 4635 ; récemment, arrêt *Procédure pénale contre X*, C 373/90, ECR, 1992, I, p. 131.

(69) Cf. R. DEVLOO, *Richtlijnconforme interpretatie : bron van recht ?*, R.W., 1993-1994, p. 379. L'arrêt *Kolpinghuis Nijmegen* (aff. 80/86) du 8 octobre 1987 de la Cour de justice rappelait que l'interprétation conforme trouve également ses limites dans les principes généraux du droit, qui font partie du droit communautaire ; et parmi ceux-ci, l'arrêt mentionne la sécurité juridique et la non-rétroactivité.

(70) Cf. notamment Anvers, 1er juin 1993, *Ing.-Cons.*, 1993, p. 206 (en matière de marques) ; Bruxelles, 20 mai 1992, R.D.C., 1993, p. 254, note P. WYTINCK ; Prés. Comm. Namur, 23 décembre 1992, J.T., 1993, p. 319. A ce sujet, P. WYTINCK, *op. cit.* ; R. DEVLOO, *op. cit.*, p. 377 et s.

(71) Arrêts *Francovich et Bonifaci*, C 6/90 et C 9/90, ECR, 1991, I, p. 5357 ; à cet égard, cf. notamment R. JOLIET, *Coopération entre la Cour de justice des Communautés européennes et les juridictions nationales*, J.T.D.E., 1993, p. 5 et les références citées.

mesures propres à assurer l'exécution de leurs obligations communautaires), et parce qu'il s'agit là d'un complément indispensable à l'effectivité du droit communautaire (sans lequel la protection des droits des citoyens ne serait pas adéquatement assurée), la Cour en déduit le principe selon lequel l'Etat membre doit assumer à l'égard des particuliers les conséquences d'une introduction tardive ou incorrecte des directives, dès lors qu'un lien causal peut être établi entre ce retard et des dommages subis par des particuliers. Selon la Cour, une telle responsabilité doit pouvoir être mise à charge de l'Etat membre fautif, sur la base de son droit national.

Revenons sur le cas déjà présenté de l'employeur dont la position est moins favorable par suite de la non transposition de la directive ; on peut raisonnablement estimer que si cet employeur n'obtenait pas du juge (de qui il solliciterait une « interprétation conforme » de la loi belge actuelle par rapport à la directive) la confirmation de ses droits, il pourrait engager la responsabilité de l'Etat pour le préjudice que le défaut d'introduction de la directive lui fait subir.

En Belgique, une telle action en dommages et intérêts serait donc sans doute basée sur l'article 1382 du Code civil, mais il ne semble pas qu'il y ait déjà eu une jurisprudence qui applique le principe de l'arrêt *Francovich* (72).

Les développements qui précèdent montrent que, même si la directive n'a pas encore été transposée en droit belge, il existe pour les particuliers divers moyens pour lui conférer une certaine efficacité dans l'ordre interne.

---

(72) Pour des décisions qui s'en rapprochent, cf. P. WYTINCK, *op. cit.*, p. 990. Egalement, D. ARTS, *Het Francovich arrest en zijn toepassing in de Belgische rechtsorde*, T.B.P., 1993, pp. 495-510.